



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Derecho Privado**

**Derecho internacional privado**

**Curso 2021/2022**

**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL  
DE MENORES: OPOSICIÓN A LA  
RESTITUCIÓN. LA OPINIÓN DEL  
MENOR Y EL DERECHO A SER  
OÍDO**

**Nombre de la estudiante: Saioa Eguizábal Armendáriz**

**Tutora: Pilar Maestre Casas**

**Junio 2022**



**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Derecho Privado**

**Derecho internacional privado**

**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL  
DE MENORES: OPOSICIÓN A LA  
RESTITUCIÓN. LA OPINIÓN DEL  
MENOR Y EL DERECHO A SER  
OÍDO**

**INTERNATIONAL CHILD  
ABDUCTION: OPOSITION TO THE  
RETURN. THE OPINION OF THE  
CHILD AND THE RIGHT TO BE  
HEARD**

Nombre del/la estudiante: Saioa Eguizábal Armendáriz  
e-mail del/a estudiante: [id00740989@usal.es](mailto:id00740989@usal.es)

Tutora: Pilar Maestre Casas



## RESUMEN (15 líneas)

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la sustracción internacional de menores, fenómeno de bochornosa actualidad que ha ido cobrando cada vez más importancia al mismo tiempo que la globalización se va haciendo cada vez más evidente en nuestros días. Y es que el cambio en las relaciones sociales que la apertura de fronteras y las relaciones cada vez más estrechas entre países ha dado lugar al surgimiento de problemas como lo es el tratado y a su vez al aumento de los intentos de cooperación jurídica entre Estados para resolverlos, tales como la ratificación de diversos convenios que tratan de regular este tipo de situaciones. Así pues, en el presente texto se comenzará definiendo el problema de la sustracción internacional de menores, así como la restitución inmediata del menor a su país de origen como principal solución ofrecida. Por otro lado, se analizarán los mecanismos de oposición al retorno del menor secuestrado, más concretamente el que versa sobre la opinión del menor y su derecho a ser oído, con especial hincapié hacia los casos en los que existe violencia de género, en base a lo descrito en la Ley Orgánica 8/2021, de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Por último, se hará referencia a la mediación como método de resolución de conflictos de esta índole, tal y como lo recoge el Reglamento 2019/1111 y su adecuación en función del caso concreto.

**PALABRAS CLAVE:** Sustracción internacional de menores; oposición al retorno; violencia de género; derecho del menor a ser oído; residencia habitual; derechos de custodia y visita; mediación.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to study international child abduction, a phenomenon of shameful topicality which has become increasingly important at the same time as globalisation is becoming more and more evident in our days. The change in social relations, the opening of borders and the ever closer relations between countries has led to the emergence of problems such as the treaty and, in turn, to an increase in attempts at legal cooperation between States to resolve them, such as the ratification of various conventions which attempt to regulate this type of situation. Thus, this text will begin by defining the problem of international child abduction, as well as the immediate return of the child to his or her country of origin as the main solution offered. On the other hand, the mechanisms of opposition to the return of the abducted child will be analysed, more specifically the one that deals with the opinion of the child and his or her right to be heard, with special emphasis on cases in which there is gender violence, based on what is described in Organic Law 8/2021, on the protection of children and adolescents against violence. Finally, reference will be made to mediation as a method of resolving conflicts of this nature, as set out in Regulation 2019/1111 and its suitability depending on the specific case.

**KEYWORDS:** International child abduction; opposition to return; gender-based violence; child's right to be heard; habitual residence; custody and access rights; mediation.



## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>2. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: MARCO LEGAL APLICABLE</b> .....	13
2.1. La sustracción internacional de menores: Una aproximación.....	13
2.2. Características de la sustracción.....	14
2.3. Tipos de sustracción.....	16
<b>3. MECANISMOS DE OPOSICIÓN A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR</b> .....	20
3.1. La restitución del menor al país de origen .....	20
3.2. Mecanismos de oposición al retorno del menor secuestrado .....	22
3.2.1. <i>El no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia</i> .....	23
3.2.2. <i>Situación de peligro físico o psíquico para el menor</i> .....	24
3.2.3. <i>Excepción al retorno dentro del artículo 20 CH-1980</i> .....	25
<b>4. LA OPINIÓN DEL MENOR Y EL DERECHO A SER OÍDO. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR</b> .....	27
4.1. La opinión del menor como mecanismo de oposición al retorno: el derecho a ser oído .....	27
4.2. El interés superior del menor en lo relativo a su derecho a ser escuchado.....	30
4.3. La relevancia de la residencia habitual del menor.....	33
4.4. Derechos de custodia y de visita .....	36
4.5. El derecho del menor a ser oído en los casos de violencia doméstica: especial referencia a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.....	39
4.6. La mediación como forma de resolver conflictos en aras del beneficio del menor secuestrado .....	44
<b>5. CONCLUSIONES</b> .....	48
<b>6. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	52



## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CDN	Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
CH-1980	Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
Reglamento 2201/2003	Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis)
Reglamento 2019/1111	Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo



## 1. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que cada vez cobra más importancia en la realidad en la que vivimos. En un mundo tan globalizado, en el que situaciones tales como la de matrimonios entre personas de diferente nacionalidad que tienen hijos en común están a la orden del día, no es extraño que actuaciones de este tipo sean de bochornosa actualidad.

Estamos ante un acto que ha sido y todavía es considerado uno de los problemas de Derecho Internacional privado más importantes y más complicados de resolver, tanto en sus aspectos penales como en sus aspectos civiles. Se han introducido numerosos convenios y pactos internacionales entre Estados para conseguir erradicarlo totalmente, como son el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el Reglamento 2019/1111 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, o el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, que regula la figura jurídica del exequátur. A pesar de ello y debido a su complejidad, todavía hoy no se ha llegado a alcanzar el objetivo para el que fueron creados, y los casos de sustracción siguen produciéndose, revistiendo cada vez una forma menos sencilla de abordarlos.

Dentro del propio Convenio de la Haya de 1980 se ha establecido que, cuando se produce un supuesto de sustracción internacional de menores, la solución que se propone de manera directa es la restitución del menor a su país de facto. En cambio, existen situaciones que funcionan como excepción a dicha regla general, previstas en el propio Convenio, como son el no ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del progenitor custodio, o que el retorno ponga en situación de peligro físico o psíquico al menor, y la propia opinión del menor cuando éste se oponga a la restitución (arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980).

Es de crucial importancia hacer referencia a la relevancia que ostenta la opinión del menor y su derecho a ser oído como excepción al retorno en los casos de sustracción internacional de menores. Como bien sabemos, cuando se trata de situaciones que afectan a menores se debe tener en cuenta siempre y en todo caso su interés superior a la hora de decidir sobre cualquier circunstancia que le afecte, y lo mismo ocurre en los casos de sustracción. Una forma de velar por el interés superior del propio menor consiste también en que éste pueda ejercer de forma correcta su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta cuando ostente la edad y el grado de madurez suficientes, ambos aspectos que deben ser matizados sobre la base de la casuística concreta. Es por ello por lo que se abordará este tema con mayor detenimiento en el presente estudio.

Además, cabe introducir dentro del análisis de la sustracción de menores y las excepciones al retorno del menor trasladado ilícitamente la relevancia de aquellos casos en los que existe violencia doméstica, que se viene regulando en el ámbito internacional dentro del Convenio de Estambul sobre Prevención y lucha contra la violencia contra la

mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011. La violencia sobre la mujer es un hecho de actualidad; este mismo año desde enero hasta mayo el número de víctimas mortales por violencia de género ha ascendido a 18<sup>1</sup>. Y es que no es algo que solamente afecte a las propias mujeres, sino también a sus familiares, más concretamente a sus hijos, que son víctimas indirectas por sufrir daño psicológico, y en algunos casos incluso directas, habiendo casos en los que también se produce daño físico. Además, en ocasiones se dan supuestos de sustracción tales en los que el progenitor sustractor es la mujer como consecuencia de estar siendo víctima de violencia de género por parte del otro progenitor, considerando la mejor opción la huida a otro país con su hijo o hijos para protegerse tanto a ella misma como a los menores de una situación tal. Un menor expuesto a dicho escenario puede sufrir graves consecuencias psicológicas, que derivan en un daño que en ocasiones puede llegar a ser irreparable.

En el ámbito nacional se ha incluido también una nueva ley, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, incluida la violencia doméstica, ya sea ésta ejercida de forma directa hacia ellos, o de forma indirecta hacia la madre (art. 1 LO 8/2021). Asimismo, también se ha recalcado en este ámbito la importancia que tiene la escucha del menor y la garantía efectiva de su derecho a ser oído, esta vez sin límite de edad, pudiendo ser éste restringido únicamente cuando sea contrario a su interés superior (art. 11 LO 8/2021). Por tanto, también se puede apreciar en los casos de violencia doméstica la relevancia del derecho del menor a ser oído en todo caso, a la hora de abordar estos casos.

Por último, la sustracción internacional de menores no se resuelve únicamente a partir de la vía jurisdiccional. A pesar de su complejidad, se abre la puerta a la mediación, en aquellos casos en los que sea posible, por resultar ésta menos gravosa, tanto para los progenitores como para los menores, además de menos costosa en términos económicos. La posibilidad y preferencia de la elección de la mediación como medio de resolución de conflictos de este tipo se incluye en el considerando 43 del Reglamento 2019/1111. Cabe matizar que no siempre va a ser posible la solución de un conflicto a través de la mediación; existen casos, como los de violencia de género, en los que no se va a poder acudir a la resolución del conflicto por esta vía.

Se observa, por tanto, que lo que se persigue en todo caso en situaciones donde haya existido sustracción de menores es velar por el interés superior del menor y que éste no sufra daños psicológicos ni de otro tipo ante la situación vivida. Resulta primordial llevar por bandera el interés del menor y decidir en base a lo que para él resulte menos gravoso, para lo que es importante, entre otras actuaciones, el respeto al derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta en la toma de decisiones.

---

<sup>1</sup> Información disponible en: <https://www.epdata.es/datos/violencia-genero-estadisticas-ultima-victima/109/espana/106> (Consultado el 20 de junio de 2022).

## 2. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: MARCO LEGAL APLICABLE

### 2.1. La sustracción internacional de menores: Una aproximación

Para poder realizar una aproximación al concepto de sustracción internacional de menores, cabe encuadrar el ámbito de la sustracción en el marco del Derecho internacional privado. De esta forma, si queremos hablar correctamente de una situación de sustracción internacional de menores, deben concurrir dos elementos esenciales.

El primero de ellos es que se trate de una situación de carácter jurídico-privado, es decir, que vincule a dos o más personas mediante un nexo de carácter privado. Esto es, por ejemplo, que exista un matrimonio entre dos personas de forma legal y una de ellas sustraiga al menor del país sin el consentimiento del otro, que se trate de dos personas previamente casadas en proceso de divorcio, que se trate de una pareja de hecho que cumpla con los requisitos legalmente establecidos, etc. El segundo elemento que debe concurrir es que nos encontremos ante una situación internacional, es decir, que abarque dos o más de dos ordenamientos jurídicos diferentes. Por ejemplo, que los cónyuges tengan diferente nacionalidad<sup>2</sup>.

Centrándonos en el concepto, se puede definir como el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales<sup>3</sup>. Más concretamente, es aquella situación en la cual uno de los progenitores (el sustractor) de manera unilateral, sin el consentimiento del otro progenitor (privado del menor), traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste residía habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo<sup>4</sup>.

Con base en lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1980<sup>5</sup> (en adelante, CH-1980), en concreto su artículo 3, la sustracción de un menor se considera ilícita siempre y cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido,

---

<sup>2</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 2019, p. 32.

<sup>3</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, 2011, p. 115. Información disponible en: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf> (Consultado el 14 de marzo de 2022).

<sup>4</sup> A. MONGE FERNÁNDEZ (Dra) y otros. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. 2019. p. 34.

<sup>5</sup> Artículo 3 CH-1980: ‘El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos (...) cuando se hayan producido por infracción de un derecho de custodia (...) o cuando este derecho se ejercía de forma efectiva (...) en el momento del traslado o retención (...)’.

separada o conjuntamente, a una persona, institución o cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado de que se trate, y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento de la sustracción.

Se considera, por tanto, sustracción internacional de menores cuando un progenitor traslada o retiene ilícitamente a los hijos en otro país distinto al de la residencia habitual de los menores, sin el consentimiento ni autorización del otro progenitor, vulnerando de esta forma el derecho de custodia o de visitas del mismo, entendiéndose por derecho de custodia aquel relativo al cuidado de la persona del menor (y en particular decidir sobre su lugar de residencia) y por derecho de visita, aquel relativo a llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en el que tiene su residencia habitual, tal y como establece el art. 5 CH-1980<sup>6</sup>.

## 2.2. Características de la sustracción

Con el objetivo de afianzar el concepto de sustracción internacional de menores, cabe hacer referencia a ciertos términos o caracteres del mismo.

Cabe tener en cuenta que la sustracción de menores es un delito tipificado como tal en nuestro Código Penal, en concreto en el artículo 225 bis, cuyo apartado segundo se modifica por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Se dice, en palabras de VIDAL GONZÁLEZ, que es un delito especial, puesto que tan solo puede ser cometido por los progenitores o determinados familiares (por consanguinidad o afinidad) del menor o de los progenitores<sup>7</sup>.

Para poder referirnos a un delito de sustracción de menores, deberá existir un sujeto activo, un sujeto pasivo y una conducta tipo<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Vid. <https://palomazabalgo.com/derecho-internacional-de-familia/sustraccion-internacional-de-menores#:~:text=Se%20considera%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de,forma%20el%20derecho%20de%20custodia> (Consultado el 14 de marzo de 2022).

<sup>7</sup> VIDAL GONZÁLEZ, G., “¿En qué consiste el delito de sustracción de menores?”, *Divorcios.me*. 2022. Información disponible en: <https://www.divorcios.me/sustraccion-menores/#:~:text=La%20sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20como%20delito&text=Es%20un%20delito%20especial%20puesto,menor%20o%20de%20los%20progenitores>. (Consultado el 18 de junio de 2022).

<sup>8</sup> Iberley, “Delito de sustracción de menores”, 2021. Información disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871> (Consultado el 16 de marzo de 2022).

- Sujeto activo. Puede ser, por un lado, el progenitor, padre o madre, que tuviere reconocido exclusivamente un régimen de visitas por una resolución judicial en materia de familia o en virtud de resolución administrativa.

Por otro lado, también podemos hablar de sujeto activo si así lo fueren los ascendientes del menor y otros parientes de alguno de los progenitores hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. Éstos pueden actuar como sujetos activos tanto en situaciones de hecho (no tienen reconocido judicialmente un derecho de visitas, sino que recogen al menor y lo secuestran) como de derecho (sí tienen reconocido judicialmente un derecho de visitas respecto del menor secuestrado).

- Sujeto pasivo. Estamos hablando en este caso de un menor sujeto a patria potestad.

Cabe hacer hincapié en el concepto jurídico de ‘menor de edad’. En términos jurídicos, los menores de edad son aquellos individuos que todavía no han alcanzado la mayoría de edad, y, por tanto, están sometidos a patria potestad. Esto quiere decir que viven bajo la autoridad de sus progenitores, que tienen la responsabilidad de protegerlos y educarlos hasta que cumplan la mayoría de edad, los dieciocho años en el ordenamiento español. En caso de que los padres hubieran fallecido o hubieran perdido este derecho por resolución judicial, se nombrará a un tutor que ejercerá la patria potestad. La consideración del menor como un bien jurídico de protección tiene, por tanto, dos vertientes, según lo dispuesto en el Código Civil (en adelante, CC); la primera es la vertiente de protección *hetero-compositiva* del menor, que se desarrolla en torno a la patria potestad en tanto a la consideración del menor como sujeto beneficiario de las obligaciones y deberes impuestos a los padres en el ejercicio de la patria potestad, que deberá realizarse siempre en aras del beneficio del propio menor (art. 154 CC). La segunda es una vertiente de protección *auto-compositiva*, que se basa en el ejercicio por parte del menor de sus derechos fundamentales (Título I CE)<sup>9</sup>.

Si bien, dentro del CH-1980 no se considera sujeto pasivo al menor hasta los dieciocho años sino hasta los 16. En su artículo 4 establece que el Convenio

---

<sup>9</sup> B. ALÁEZ CORRAL, “Minoría de Edad y Derechos fundamentales”, 2001. Parte I. Información disponible en: [https://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/alaez/menor.htm#\\_Toc533257116](https://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/alaez/menor.htm#_Toc533257116) (Consultado el 24 de junio de 2022).

se aplicará a todo menor que residiera en un Estado miembro del mismo y dejará de aplicarse cuando el mismo alcance la edad de 16 años<sup>10</sup>. Por tanto, en lo referente a la sustracción internacional de menores y a la aplicación del CH-1980, solo abarca a los menores de 16 años.

- Conducta tipo. Con este tipo de conducta nos referimos tanto al traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin el consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su guarda y custodia, como a la retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Es decir, el traslado o retención del menor de edad debe ser ilícito, sin que medie algún tipo de consentimiento por parte de aquel que ostente su custodia, o bien mediante el incumplimiento de lo establecido en una resolución judicial o de otra naturaleza legalmente impuesta<sup>11</sup>.

Todo lo expuesto anteriormente, además del propio sentido de la palabra sustracción, no ha lugar cuando se trate o cuando nos encontremos ante situaciones temporales derivadas de actuaciones puntuales. Si del acto de sustracción se puede extraer que existe en el sujeto sustractor la intención de devolver al menor o cesar su actuación en un periodo de tiempo razonablemente estipulado, no podríamos estar hablando de una conducta de este tipo.

### 2.3. Tipos de sustracción

Se puede hablar de sustracción de menores en tres supuestos diferentes, que engloban tanto el ámbito estatal como internacional<sup>12</sup>.

En primer lugar, cuando se traslada a un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor que convive habitualmente con él. Este tipo es constitutivo de delito. La residencia del menor no depende de ninguno de los dos progenitores, sino que se deberá establecer en beneficio del interés superior del menor.

---

<sup>10</sup> Artículo 4 CH-1980. *‘El convenio se aplicará a todo menor (...) y dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años’.*

<sup>11</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 225 bis, apartado segundo. *‘A efectos de este artículo, se considerará sustracción: (...) el traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con el que conviva (...), la retención de una persona menor de edad incumpliendo el deber establecido por resolución judicial o administrativa’.*

<sup>12</sup> “Delito de Sustracción de menores. Concepto, tipos y penas”, 2021. Información disponible en: <https://www.divorcios.me/sustraccion-menores/> (Consultado el 16 de marzo de 2022).

Si alguno de los dos progenitores no consiente el cambio de residencia o el desplazamiento, se deberá solicitar autorización judicial para no incurrir en delito.

En segundo lugar, el caso de retención del menor por parte del progenitor no custodio una vez expirado el tiempo de duración del régimen de visitas establecido por resolución judicial. Es necesario que el tiempo expirado sea un periodo de tiempo razonable para poder hablar de un caso de sustracción. Este delito puede ser cometido, además de por el progenitor no custodio, por los ascendientes del menor (abuelos) u otros parientes del mismo hasta el segundo grado de consanguinidad, es decir, hermanos; o afinidad, los cuñados.

En tercer lugar, cabe hacer referencia al supuesto especial de sustracción de menores, la sustracción internacional de menores, la que en este caso nos ocupa. Se produce cuando se desplaza a un menor ilícitamente a un país diferente del que reside de forma habitual, y cuando el progenitor que ostenta la custodia del menor se muda a otro país, impidiendo que el progenitor que ostenta el derecho de visitas pueda ejercerlo de forma correcta. En este supuesto también pueden ser sujetos activos el progenitor custodio, el no custodio, y además los abuelos y otros parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En este sentido, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, entre otros autores, desarrollan el término de '*legal kidnapping*'<sup>13</sup>.

Es el 'caso tipo' de sustracción internacional de menores. Se trata de un caso en el que el progenitor al que, tras un divorcio, se ha atribuido el derecho de visita, aprovecha un período del mismo para sustraer consigo al menor y trasladarlo a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho de custodia para poder así justificar ante la ley el secuestro. Esta es la razón por la que este fenómeno se denomina *legal kidnapping* o secuestro 'legal' de menores.

Podemos hacer referencia, además, a diferentes casos de sustracción que se alejan del 'caso tipo', que es el que suele darse con más frecuencia en la práctica. Existen infinidad de modalidades de *legal kidnapping*. Por ejemplo, también se produce cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro

---

<sup>13</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Sustracción Internacional de menores...", *loc. cit.*, pp. 115-116.

país, impidiendo de esta forma que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Otro ejemplo podría ser el hecho de que el progenitor que tiene la guarda del menor lo traslade desde el país de residencia habitual a otro país distinto, evitando de tal manera que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciéndolo correctamente<sup>14</sup>.

Existen varias maneras de combatir el ‘*legal kidnapping*’, que se encuentran reguladas dentro de diferentes instrumentos internacionales, además de en diversos convenios bilaterales. Destacan a estos efectos el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, que regula la figura jurídica del *exequátur* (permite que una sentencia dictada en un Estado sea reconocida y tenga efectos ejecutivos en otro Estado), el Convenio de la Haya de 1980 (instrumento principal de cooperación interestatal en casos de sustracción internacional de menores) y el Reglamento Europeo 2019/1111, que sustituye al Reglamento 2201/2003 y complementa al anteriormente citado Convenio de la Haya, donde se regula el proceso de restitución y la ejecución urgente de ciertas resoluciones.

Dentro de la normativa interna o estatal, destacan a este respecto tanto el Código Penal como la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de los artículos 103 y 158 del Código Civil relativos a la imposición de medidas cautelares cuando exista riesgo de traslado ilícito de un menor a otro país, que se desarrollarán en sucesivos epígrafes<sup>15</sup>.

Como bien se ha apuntado, la sustracción internacional de menores es una cuestión de naturaleza penal, si bien tiene una doble vertiente, civil y penal. En este sentido, podemos realizar también una distinción tipográfica de la sustracción: la persecución penal de la misma se dará en aquellos casos en los que el progenitor sustractor es aquel que ostenta el derecho de visita y lo que se vulnera es el derecho de custodia del otro progenitor. Antes de la introducción de la LO 8/2021, no procedía persecución penal en aquellos casos en los que el progenitor sustractor fuera aquel que ostentase el derecho de custodia y se vulnera el derecho de visita del otro progenitor. En este caso, solo estaban a disposición del titular del derecho de visita los mecanismos civiles de

---

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> S. CAZÓ, “Sustracción internacional de menores: ¿cuándo se produce y cómo combatirlo jurídicamente?”, *ABA Abogadas*, 2021. Información disponible en: <https://aba-abogadas.com/sustraccion-internacional-de-menores-cuando-se-produce-y-como-combatirlo-juridicamente/#:~:text=Este%20es%20uno%20de%20los,traslada%20il%3%ADcitamente%20a%20otr o%20pa%3%ADs>. (Consultado el 16 de marzo de 2022).

restitución del menor, es decir, aquellos contemplados en el CH-1980<sup>16</sup>. En cambio, tras la entrada en vigor de la LO 8/2021, como se indica en su Preámbulo, apartado II, pár. 55, “se modifica el tipo penal de la sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis del Código Penal, permitiendo en este sentido que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias”.

---

<sup>16</sup> R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional. Análisis a través de la jurisprudencia reciente”, *AFDUC*, 17, 2013.- p. 680.

### 3. MECANISMOS DE OPOSICIÓN A LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

#### 3.1. La restitución del menor al país de origen

Cuando nos encontramos ante un supuesto de sustracción internacional de menores, se establece como primera solución la restitución inmediata del menor a su país ‘de facto’ del que ha sido sustraído de forma ilegal, en base a lo dispuesto en el CH-1980<sup>17</sup>, principal instrumento que regula los aspectos civiles de la sustracción para los países que son parte del mismo. Esto es así porque se entiende que el país de origen del menor es el entorno que mejor garantiza su estabilidad personal.

En su preámbulo<sup>18</sup>, el mencionado Convenio ya establece, en aras de proteger al menor en el plano internacional de los efectos negativos que pudiera ocasionarle el traslado o retención ilícitos en otro país, que se deben introducir una serie de procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del mismo al Estado en el que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita.

De la misma manera se puede apreciar la importancia de la restitución del menor secuestrado como primer objetivo y forma de solución del conflicto en el artículo 1 a)<sup>19</sup> del mismo Convenio, al tratarse como la finalidad misma del propio articulado, es decir, se fija como uno de los objetivos que se persigue con la redacción del texto legal. El segundo y también importante objetivo del que hablamos es velar porque los derechos de visita y custodia reconocidos en un Estado miembro fueran respetados en los demás<sup>20</sup>.

En supuestos intracomunitarios y bajo ciertas circunstancias, también es de aplicación el Reglamento 2201/2003, conocido como Bruselas II bis para abordar el retorno del menor en situaciones de sustracción, en concreto su artículo 11<sup>21</sup>, que exige

<sup>17</sup> Artículo 7 CH-1980: ‘(...) Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: (...) c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable (...)’.

<sup>18</sup> Preámbulo CH-1980: ‘(...) y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en el que tenga su residencia habitual (...)’

<sup>19</sup> Artículo 1 a) CH-1980: ‘La finalidad del presente convenio; a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (...)’

<sup>20</sup> Artículo 1 b) CH-1980: ‘b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes’.

<sup>21</sup> Reglamento Bruselas II bis, artículo 11: ‘Restitución del menor. (...) solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al CH 1980, con objeto de

que se dicte una resolución en tal caso con arreglo al CH-1980 para conseguir la restitución del menor.

Dentro del CH-1980 se impone un modelo de cooperación, más concretamente dentro de su Capítulo II (artículo 7)<sup>22</sup>, en base al que cada Estado deberá designar una Autoridad Central encargada de tramitar y dar curso a las solicitudes de retorno cuando ocurran este tipo de casos. Su función será localizar a los menores en el Estado parte donde han sido trasladados, y garantizar su devolución al Estado de origen requiriendo la cooperación de las autoridades competentes en sus respectivos Estados.

Si no se logra una restitución voluntaria del menor, se procederá a iniciar un procedimiento judicial para dar pie a la misma. De ser así, el tribunal competente para decidir al respecto será aquel del país de origen del menor, esto es, los de residencia habitual del menor inmediatamente antes de ser trasladado ilícitamente<sup>23</sup>.

Cabe recalcar dentro de lo referido a la solicitud de restitución que las circunstancias cambiarán en base al tiempo en el que se establezca la propia solicitud. En aquellos casos en los que el procedimiento de retorno ante las autoridades judiciales del Estado requerido se solicite o inicie antes de pasado un año desde la sustracción, la restitución será inmediata (artículo 12)<sup>24</sup>. Dentro de este tipo de casos, cada Estado contratante en el Convenio iniciará su propio procedimiento con carácter urgente. En España este procedimiento se encuentra regulado en el capítulo IV bis de la LEC<sup>25</sup>. En cambio, si la solicitud de restitución del menor se realiza después de pasado un año de la sustracción, la misma no se considerará inmediata y procederá siempre y cuando no quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente<sup>26</sup>.

---

*conseguir la restitución del menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un estado miembro distinto del estado en el que el menor tenía su residencia habitual (...)*

<sup>22</sup> Artículo 7 CH-1980: *‘Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí (...) todas las medidas apropiadas que permitan: (...) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita (...) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable (...)*’.

<sup>23</sup> I. REIG FABADO. “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Rev. boliv. de derecho* n° 20, 2015, pp. 242-263.

<sup>24</sup> Artículo 12 CH-1980: *‘Cuando un menor haya sido trasladado (...) y la fecha de incoación del procedimiento ante la autoridad judicial donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado (...), la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor’.*

<sup>25</sup> Artículos 778 bis a 778 quáter LEC.

<sup>26</sup> Artículo 12 CH-1980: *‘(...) en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año (...) ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente’.*

Para enfatizar todavía más en la importancia de la restitución inmediata del menor como una de las principales formas de solucionar un conflicto de este tipo como es la sustracción internacional de menores, cabe hacer referencia a la posibilidad de dictar medidas provisionales o cautelares con arreglo lo dispuesto en el Reglamento 2019/1111<sup>27</sup>, con el fin de evitar que el menor sufra daño físico o psíquico al proceder a la restitución y que podría dar lugar a su denegación. Estas medidas provisionales podrían incluir, entre otras, la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo, o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional competente haya dictado las medidas que considere apropiadas.

### **3.2. Mecanismos de oposición al retorno del menor secuestrado**

Como bien se ha expuesto hasta ahora, se exige en el CH-1980 el retorno inmediato del menor secuestrado si no ha transcurrido un año desde el desplazamiento del mismo en otro estado.

A pesar de ello, pueden darse en la práctica situaciones que hagan que el mecanismo de la restitución no pueda ser aplicable. Nos referimos a situaciones que están expuestas dentro del propio Convenio, en concreto en sus artículos 12 y 13. El menor puede permanecer en el Estado a donde ha sido trasladado cuando:

- El titular del derecho de custodia (que ha invocado su vulneración por la sustracción) no estuviera ejerciendo efectivamente dicho derecho
- Restituir al menor suponga colocarlo en una situación de riesgo físico o psíquico o quedar sujeto a una situación intolerable
- El menor se oponga a su restitución.
- Que, de conformidad con el artículo 20 CH-1980, ‘no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales’.

Estas excepciones legales no operan de forma automática, sino que la autoridad judicial que esté conociendo del caso tendrá que ponderar todas las circunstancias concretas para acordar el retorno del menor. En este sentido, el CH-1980 concede una amplia discrecionalidad a la autoridad que conozca del caso para decidir sobre la

---

<sup>27</sup> Considerando 46 del Reglamento 2019/1111: ‘Si fuera apropiado, cuando se ordene la restitución del menor, debe ser posible para el órgano jurisdiccional dictar las medidas provisionales con arreglo a este Reglamento que estime necesarias (...)’

excepción planteada, teniendo siempre que ser tomada en aras del interés superior del menor secuestrado. Además, como todas las excepciones, deben ser interpretadas de manera restrictiva<sup>28</sup>.

Podría llegar a incluirse como ‘excepción’ al retorno del menor secuestrado el caso que contempla el antes mencionado artículo 12 del CH-1980, que se refiere la situación en la que se inicia el procedimiento de restitución después de expirado el plazo de un año desde la sustracción y el menor ya ha sido completamente integrado en su nuevo ambiente. En este caso, la restitución no tendría por qué proceder. Esta excepción puede operar incluso cuando la sustracción tenga el carácter de ilícita, ya que se trata de que el menor no vea truncada su proceso positivo de integración en el nuevo Estado en el que lleva viviendo más de un año por un proceso de restitución a su anterior ambiente que podría estar lejos de beneficiarle.

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos humanos (en adelante, TEDH) ha tratado en diversas resoluciones, como la del caso *Ilker Ensar contra Turquía*<sup>29</sup>, el interés superior del menor como posible causa de oposición a la restitución del mismo a su país de origen, que podría incluirse dentro del artículo 13 a) del CH-1980 relativo al no ejercicio efectivo del derecho de custodia.

### ***3.2.1. El no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia***

Uno de los motivos por los que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución inmediata del menor es el no ejercicio efectivo del derecho de custodia por el progenitor que reclama el retorno. Esta razón de oposición al retorno del menor se encuentra recogida en el CH-1980, en concreto en su artículo 13,1, letra a)<sup>30</sup>.

A efectos del citado Convenio, el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar

---

<sup>28</sup> J.J CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*. 2018. Vol. 10, Nº 1, pp. 563-564.

<sup>29</sup> STEDH 60328/09, de 3 de mayo de 2012, Caso *Ilker Ensar Uyanik c. Turquía*. ‘(...) aunque el interés superior de la niña debía ser la consideración primordial (...) pero el interés de los padres, y, en particular, el de mantener un contacto regular con la niña seguía siendo un factor en el equilibrio de los distintos intereses en juego’.

<sup>30</sup> Artículo 13,1, letra a) CH-1980: ‘(...) La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si (...) a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido (...)’

de residencia. Corresponde al Derecho del Estado de la residencia habitual del menor determinar la titularidad, contenido y ejercicio del derecho de custodia. Es decir, el derecho de custodia que protege el Convenio puede atribuirse por la ley interna del Estado de residencia habitual del menor como por la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado<sup>31</sup>.

Cabe hacer referencia en este sentido que la carga de la prueba del no ejercicio efectivo del derecho de custodia recae en manos del progenitor que se opone al retorno<sup>32</sup>. Esto es así porque, en base a interpretaciones jurisprudenciales<sup>33</sup>, es esa parte demandada la que alega un hecho al que deben anudarse consecuencias jurídicas, además de por su facilidad probatoria.

El no ejercicio efectivo del derecho de custodia suele comprender el periodo previo a la retención ilícita. Ejemplos de este tipo de situaciones pueden ser muchos, como que el progenitor custodio consuma drogas o alcohol en grandes cantidades, que no le atienda adecuadamente en términos de la alimentación, vestido e incluso colegios, y en general, situaciones que claramente perjudican al menor. En los casos citados, nos estamos refiriendo a situaciones verdaderamente graves, que demuestran temeridad en el ejercicio de la custodia por parte del progenitor<sup>34</sup>. Pero no tiene por qué tratarse de actos tales necesariamente, basta con que la despreocupación del cuidado del menor para que el ejercicio del derecho de custodia no se considere realizado de forma efectiva.

### ***3.2.2. Situación de peligro físico o psíquico para el menor***

Asimismo, otro de los motivos de denegación de la solicitud de restitución del menor a su país ‘de facto’ es que la propia restitución sea susceptible de colocar al menor en una situación de peligro físico o psíquico que genere graves daños en su

---

<sup>31</sup> I.E LÁZARO GONZÁLEZ / J.J. EZQUERRA UBERO, “El derecho de custodia en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 83-84, 2011, pp. 294-336.

<sup>32</sup> J.J CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos...”, *loc. cit.*, p. 566.

<sup>33</sup> SAP Las Palmas, Sección 3ª, 69/2009, 10 de marzo de 2009 (ECLI: ES:APGC:2009:532A).

<sup>34</sup> Información disponible en: <https://abogadoescribanogares.com/ejercicio-inadecuado-de-la-custodia-de-los-hijos/> (Consultado el 25 de Marzo de 2022).

persona. Lo expuesto se encuentra regulado en el CH-1980, en su artículo 13,1, letra b)<sup>35</sup>.

Este apartado b) del artículo 13 es cuanto menos genérico. Se han realizado para matizarlo diversos estudios doctrinales<sup>36</sup>, tanto españoles como en el ámbito internacional. De éstos se extrae que es necesario que el peligro o riesgo que pueda extraerse de la sustracción ilícita del menor sea verificable, es decir, que pueda probarse o sea susceptible de ello, y que además afecte directamente al menor y no a cualesquiera otros sujetos involucrados en el procedimiento como puede ser el progenitor que solicita la restitución, parientes de segundo grado por consanguinidad o afinidad, o el progenitor que ha dado lugar a la retención ilícita.

La valoración y constatación del riesgo grave para la salud física o psíquica del menor que pudiere llevar consigo la restitución debe realizarse de forma restrictiva. En este sentido, por ejemplo, la pérdida de la custodia del menor de los padres biológicos a causa de la restitución al país ‘de facto’ no podrá en ningún caso considerarse una forma de puesta en peligro físico o psíquico del menor, ya que afecta directamente a los padres y no al niño. El peligro tiene que afectar directamente y sin duda alguna al menor e interpretarse de forma restrictiva, además de poder ser demostrado a partir de la práctica de diversas pruebas que así lo hagan constatar<sup>37</sup>.

Cabe introducir la matización de que la existencia de violencia doméstica en el ambiente familiar, tanto ejercida al menor como víctima directa, como la violencia de género ejercida contra el cónyuge en la que el menor es la víctima indirecta, se puede considerar como una situación de grave riesgo para el menor, funcionando en este sentido como una de las excepciones al retorno del menor que se pueden encuadrar dentro de este artículo 13 b) del CH-1980.

### ***3.2.3. Excepción al retorno dentro del artículo 20 CH-1980***

Se trata de una de las excepciones al retorno que se contemplan fuera del artículo 13 del CH-1980. Podemos encontrarla regulada dentro del art. 20 CH-1980, y versa sobre

---

<sup>35</sup> Artículo 13 b) CH-1980: ‘(...) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (...)’

<sup>36</sup> Véase AAP Barcelona, Sección 18ª, 54/2012, 13 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:2580A).

<sup>37</sup> R.S. PAZ LAMELA, ‘Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción...’, *loc. cit.*, pp. 681.

la oposición al retorno del menor secuestrado cuando ‘no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales’ (art. 20 CH-1980).

Estamos hablando de una norma que surge como consecuencia de un compromiso entre delegaciones favorables y contrarias a la inclusión en el Convenio de una cláusula propia de derecho internacional público y no de Derecho internacional privado.

PÉREZ-VERA, en su Informe Explicativo<sup>38</sup>, ya señala que esta posibilidad fue debatida de manera pormenorizada en el seno de la Primera Comisión. Finalmente, esta excepción fue admitida tras la existencia de un mayor número de votos a favor que en contra, mediante ‘la formulación de una reserva que recogía la excepción de carácter público bajo una formulación restringida en relación con el derecho de la familia y la infancia del Estado requerido’. Se trata de una reserva tan controvertida precisamente porque supone la admisión de la posibilidad de denegar la restitución de un menor a su país de facto simplemente en base a argumentos jurídicos dentro de un solo Estado y no atendiendo a situaciones de hecho que puedan contrastarse empíricamente.

Para asegurarse la correcta aplicación de esta excepción tan controvertida, en palabras de PÉREZ VERA, ‘la autoridad en cuestión debe comprobar no solo la existencia de una contradicción, sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado’.

---

<sup>38</sup> E. PÉREZ VERA, “Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, p. 8.

#### **4. LA OPINIÓN DEL MENOR Y EL DERECHO A SER OÍDO. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

##### **4.1. La opinión del menor como mecanismo de oposición al retorno: el derecho a ser oído**

El CH-1980 en su artículo 13 establece un tercer motivo por el que el retorno del menor puede no operar como primer mecanismo de solución del conflicto en casos de sustracción. Este tercer motivo está relacionado con la opinión del menor y el derecho a ser oído del mismo.

A tenor literal del párrafo 2 del artículo 13, la autoridad judicial podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en el que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

El derecho a ser oído del menor es un derecho fundamental del menor, recogido en la propia Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Más concretamente, su artículo 12<sup>39</sup> establece que los Estados parte de la convención deberán garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar libremente su opinión (o de no hacerlo) en todos los asuntos que le afecten. Se dará, por tanto, al menor la oportunidad de ser oído en todo procedimiento judicial que le afecte, bien de forma directa o bien de forma indirecta por medio de un representante.

El derecho de todo niño<sup>40</sup> a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la CDN. Por tanto, los Estados parte de la propia Convención deberán fomentar que el menor se forme una opinión propia y libre ofreciendo un entorno seguro y de confianza.

---

<sup>39</sup> Artículo 12.1 CDN: '*Los estados parte garantizarán al niño (...) el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño*'. Artículo 12.2 CDN: '*(...) se dará al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante (...)*'.

<sup>40</sup> Artículo 1 CDN: '*Para los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*'.

En este sentido, cabe analizar qué se entiende por ‘haber alcanzado una edad y un grado de madurez en el que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones’<sup>41</sup>.

En lo relativo a la edad, hay que llevar por bandera que no siempre puede determinar la trascendencia de las opiniones del menor; hay estudios<sup>42</sup> en los que se ha demostrado que la experiencia personal y las vivencias del niño influyen en gran medida en su capacidad de entender y formar sus propias opiniones personales, independientemente de la edad que tenga. La fijación de la edad a partir de la que se debe tener en cuenta la opinión del menor como causa manifiesta de oposición al retorno del mismo a su país de origen ha causado bastantes problemas entorno a la jurisprudencia. Se ha terminado, por tanto, estableciendo que, ya que el grado de desarrollo psíquico de cada niño es diferente a pesar de la edad, no resulta posible fijar un criterio rígido en relación con la edad a partir de la que el menor debe ser escuchado y su opinión tenida en cuenta. De esta forma, se ha optado por estar al caso concreto y valorar las circunstancias personales, aptitudes y madurez del menor entorno al mismo. Por tanto, habrá de tenerse en cuenta no solo la edad del menor, sino también los eventuales condicionamientos a los que su voluntad hubiere sido sometida<sup>43</sup>.

Por otro lado, el término ‘madurez’ es bastante controvertido y han surgido a menudo problemas a la hora de definirlo o encontrar su encuadre legal. En un análisis de propio artículo 12 de la CDN<sup>44</sup> se ha terminado entendiendo por ‘madurez’ la capacidad de un menor para expresar sus opiniones sobre ciertas cuestiones de forma razonable e independiente. También han de tenerse en cuenta los efectos que ha causado el propio asunto en la personalidad del niño; conforme mayores sean estos efectos mayor importancia tendrá a su vez la correcta evaluación de la madurez del mismo.

El derecho del menor a ser oído se recoge de la misma manera en la legislación española; en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en el CC y en la LEC, en sus artículos 9, 92.6 y 770.4, respectivamente.

---

<sup>41</sup> Observación General No.12, del Comité de los Derechos del Niño, de 25 de mayo a 12 de junio de 2009, de Naciones Unidas.

<sup>42</sup> G. LANSDOWN, “The evolving capacities of the child”, *Centro de Investigaciones Innocenti*, UNICEF/Save the Children, Florencia, 2005, p. 25.

<sup>43</sup> R.S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción...”, *loc. cit.*, p. 682.

<sup>44</sup> Observación General No.12, del Comité de los Derechos...’, *op. cit.*, p. 11.

Además, el propio Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en numerosas sentencias<sup>45</sup> ha admitido la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución por el hecho de no haber sido el menor oído o explorado en el procedimiento judicial que le acontezca, tal y como imponen la CDN y la LO 1/1996 de protección jurídica del menor.

Para asegurar la mejor manera de ejercitarse el derecho del niño a ser escuchado, dentro de la Observación General 12 el Comité de Naciones Unidas (en adelante, OG 12) introduce una serie de fases<sup>46</sup>, necesarias en todo procedimiento, a la hora de escuchar al menor afectado.

- Primera fase. Preparación. El menor debe estar en todo caso informado sobre su derecho a expresar su opinión, además de sobre las consecuencias que implica el mismo. En este tipo de situaciones, también se debe informar al menor sobre su derecho a escoger un representante o bien a que se le asigne uno si no tiene capacidad suficiente para escogarlo por sí mismo, o si ha escogido a uno que no sea considerado apto para defender correctamente sus intereses<sup>47</sup>.
- Segunda fase. Audiencia. La audiencia al menor en el procedimiento judicial debe ser, en base a lo establecido en la OG 12, realizada en un ambiente cómodo y que inspire confianza al niño para poder expresarse correctamente. Esto puede conseguirse, entre otras formas, evitando que el niño se mantenga demasiado a la espera al poder la misma generar cierto estrés en el menor.
- Tercera fase. Evaluación de la capacidad del menor.
- Cuarta fase. Comunicación de los resultados al niño. Se trata de una manera de considerar al menor como parte activa del proceso y no como mero objeto de prueba. Debe dejarse al propio menor formar su propio criterio acerca de la decisión que se haya tomado conforme a lo que él mismo haya mostrado. Sin embargo, no resulta recomendable que la comunicación de la información al

---

<sup>45</sup> STC (Sala Segunda) 22/2008, de 31 de enero (ECLI:ES:TC:2008:22): ‘(...) *Vulneración del derecho de la menor a la tutela judicial efectiva (...) en ese caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre la adopción de medidas, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación, ni a lo largo de los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación (...)*’.

<sup>46</sup> Defensor del pueblo, “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, 2014, pp. 16-18.

<sup>47</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996). Artículo 9, párrafo 2: ‘*Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente (...)*’.

niño se realice de manera directa, ya que en ocasiones puede resultar perjudicial para el mismo. Por tanto, hay que cuidar la manera en la que se transmite la información y asimismo cuidar también qué elementos de lo que el menor comunica pueden resultar relevantes para el caso y en qué medida se pueden tomar en cuenta.

Cabe hacer referencia a qué sucede en aquellos casos en los que el derecho del menor a ser oído se vulnera. Existe para este tipo de situaciones la llamada vía de recurso<sup>48</sup>, prevista por los distintos ordenamientos jurídicos, que entra en juego cuando el menor considera que su derecho a ser oído no se ha ejercido correctamente o no ha sido satisfecho. La vía de recurso del menor tiene lugar a través de la figura del defensor judicial, y de forma independiente a la posición procesal de sus progenitores o tutores. Además, la opinión del menor en el procedimiento no puede ser transmitida con la misma libertad con la que lo hacen las opiniones de las distintas partes en el juicio, ya que se debe garantizar un mínimo de confidencialidad, aunque es imposible su garantía total.

Es esta tensión entre la indefensión que pueden alegar las partes por no poder oír las declaraciones del menor y la garantía de la protección de la privacidad y los intereses del mismo lo que hace que se deba mantener en este punto un equilibrio en el que es importante la valoración del riesgo que puede suponer o no para el menor que se conozcan públicamente sus declaraciones.

#### **4.2. El interés superior del menor en lo relativo a su derecho a ser escuchado**

El concepto de interés superior del menor es uno de los más utilizados, por ser uno de los más importantes, y a la vez más controvertidos en la jurisprudencia, tanto española como internacional. Desde finales del siglo XIX y principios del XX, se fue introduciendo una protección especial de los menores, y con el paso del tiempo se ha ido construyendo la idea de que los menores son individuos con derechos propios pero que necesitan una especial protección debido a su temprana edad.

Ya en la CDN se introduce en su art. 3.1 el respeto, ante todo, del interés superior del menor en cualquier actuación, tanto judicial o administrativa. A tenor literal, establece que *‘En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones*

---

<sup>48</sup> Defensor del pueblo. “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial...” *op. cit.*, p. 19.

*públicas o privadas, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*'. Por otro lado, el texto de la CDN se puede completar con la lectura del art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el que en su apartado segundo se introducen una serie de criterios generales a tener en cuenta a la hora de entender como término el interés superior del menor.

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como su no discriminación por estas o cualesquiera otras condiciones.

Estos dos artículos no se deben analizar de manera aislada, sino que tratan de completar y de dar sentido al resto del articulado dentro de sus respectivos textos legales. Son principios para interpretar e implementar todos los derechos del niño, además de ser un concepto flexible e interpretable a la luz de las circunstancias, pero dentro del marco de los demás derechos del niño<sup>49</sup>.

El Comité de Naciones unidas señala que el concepto de interés superior del niño es un concepto triple<sup>50</sup>.

- Un derecho sustantivo. Se tiene que evaluar y tener en cuenta al sopesare los distintos intereses del mismo para tomar una decisión en cuanto a la cuestión que se debate. Se trata de una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que un procedimiento afecte a un niño, o a un grupo de niños, concreto o general. Su aplicación es una obligación directa para todos los Estados.

---

<sup>49</sup> A. DE RUITER, "La voz del menor en la sustracción internacional de menores", 2017, pp 5-6.

<sup>50</sup> Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 14 de enero a 1 de febrero de 2013, artículo 3, párrafo 1, p. 4.

- Un principio jurídico interpretativo fundamental. En caso de que se admita interpretación de alguna disposición jurídica en el procedimiento, se escogerá siempre la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del menor.
- Una norma de procedimiento. Cuando nos encontremos ante un procedimiento en el que tengan que participar menores, se deberá hacer siempre un examen de las posibles consecuencias, tanto positivas o negativas, que la participación en dicho proceso pueden acarrear en el niño. La evaluación y determinación del interés superior del menor tiene que estar amparado por ciertas garantías procesales. Los Estados miembros deberán informar en todo caso de los pasos que han seguido para garantizar el interés superior del niño en base a la decisión que se ha tomado y las consideraciones que se muestren oportunas, ya sean cuestiones normativas en general o casos concretos.

En el mismo sentido, de lo dispuesto en la Observación General Nº 14 del Comité de los derechos del Niño (en adelante, OG 14) se extrae que ‘el interés superior del menor es un concepto dinámico, y que abarca diversos temas en constante evolución. Se trata de favorecer el pleno respeto de los niños como titulares de derechos’. El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al libre albedrío de los Estados. Es un principio que debe examinarse caso por caso y que se debe hacer en dos pasos<sup>51</sup>:

- Evaluando, en primer lugar, los elementos que son relevantes, con el objeto de determinar cuáles van a ser los intereses en juego.
- En segundo lugar, la determinación misma de lo anteriormente citado, siguiendo un proceso estructurado y con garantías estrictas.

La importancia que adquiere el concepto del interés superior del menor en los casos de sustracción internacional cobra sentido cuando observamos que se coloca como principal objetivo precisamente a la hora de valorar las circunstancias del menor en ese momento a efectos de poder determinar si procede o no la orden de restitución a su país de origen<sup>52</sup> (principio base del CH-1980). El propio CH-1980 en su preámbulo y a tenor

---

<sup>51</sup> Defensor del pueblo, “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial...”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>52</sup> C.M CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 8, Nº 2, 2016, p. 80.

literal establece como base estar ‘profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a la custodia’ y estar ‘deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita’.

El CH-1980 asume que, en base a la sustracción internacional, debe entenderse por interés del menor el derecho a no ser desplazado o retenido, con el fin de proteger el derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital. Se entiende, dentro de este Convenio, y de lo matizado en la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado<sup>53</sup>, que puede partirse de una presunción de que el interés del menor consiste en la restitución del mismo al país de origen en el plazo más breve posible, aunque se dice también que se admite cierta discrecionalidad, que no arbitrariedad, a los jueces cuando se encuentren con casos en los que puedan operar las excepciones a la restitución del menor, regulados en el art. 13 del CH-1980, y resolver la situación en base al interés superior del menor en el caso concreto.

Cabe matizar la importancia de este concepto en tanto que funciona como un límite a la discrecionalidad del juez a la hora de otorgar valor o no a la objeción del menor. La voluntad del menor puede a veces no coincidir con su interés superior, por lo que el juez deberá atender a éste en primer lugar, dejando en segundo plano la voz del menor por su propio bienestar. En cambio, si la voluntad del menor coincide con su interés superior, el juez deberá atender a cómo se ha formado esa voluntad; pudiendo ser conveniente en este sentido la realización de un seguimiento durante un periodo de tiempo concreto del menor para comprobar si mantiene su opinión y sigue de acuerdo con la decisión que se ha tomado al respecto de su situación<sup>54</sup>.

#### **4.3. La relevancia de la residencia habitual del menor**

La noción de residencia habitual del menor ha sido objeto de controversia en el marco del derecho internacional e internacional privado, sobre todo respecto a temas relativos al derecho de familia y todo lo que ello aborda, siendo, entre otras cosas también, la sustracción de menores.

---

<sup>53</sup> Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, punto 4.2.1 relativo al principio del superior interés del menor.

<sup>54</sup> A. DE RUITER, “La voz del menor en la sustracción...”, *op. cit.*, p. 14.

En este sentido, el Reglamento Bruselas II bis ofrece una aproximación a este tan controvertido concepto. Aunque se califique como indeterminado, cumple, dentro de éste, una doble función legal<sup>55</sup>:

- La residencia habitual del menor como noción esencial para la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Esto es así porque se utiliza este criterio como elemento base de todas las normas de protección del menor, tanto en el sector de competencia como de ley aplicable, en detrimento del antiguo concepto de nacionalidad.
- La residencia habitual del menor como noción esencial en supuestos de sustracción ilícita internacional. La fijación de la residencia habitual resulta determinante para activar la aplicación de las normas de sustracción internacional de menores. Esto puede observarse claramente en los artículos 2.11 y 11.1 del Reglamento<sup>56</sup>, de los que se extrae que la demanda de restitución en este tipo de casos tendrá lugar solo si el menor tenía su residencia habitual en el Estado al que se solicita dicha restitución.

Aunque estemos ante un concepto en el que se observen ciertas dificultades a la hora de ser definido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se pueden extraer distintos aspectos<sup>57</sup> que deben estar presentes para poder etiquetar un lugar concreto como residencia habitual.

- a) Debe existir en el lugar al que se refiera como residencia habitual cierto nivel de integración social y familiar del menor. Esto es así porque por ‘habitual’ se entiende cierto nivel de estabilidad de la residencia, es decir, que no se trate de algo temporal o intermitente. En base a la doctrina del TJUE, se entiende por residencia habitual aquel lugar en el que el menor tenga su centro de vida, cosa

<sup>55</sup> M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”. *Rev. Boliv. de Derecho*, Nº 30, 2021, pp. 470-495. Información disponible en: <https://idibe.org/doctrina/paso-mas-proceso-armonizacion-del-derecho-privado-europeo-la-concrecion-tjue-del-concepto-residencia-habitual-del-menor-recogido-reglamento-bruselas-ii-bis/> (Consultado el 4 de abril de 2022).

<sup>56</sup> Artículo 2.11 Reglamento Bruselas II bis: ‘*Traslado o retención ilícito de un menor (...) con la legislación del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención (...) y artículo 11.1 ‘(...) con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un estado miembro distinto del estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos’.*

<sup>57</sup> M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual...”, *loc. cit.*, pp. 470-495.

que se deberá examinar caso por caso y dependiendo de las circunstancias concretas, que deben ser objetivas. El factor temporal juega un papel también esencial a la hora de determinar este concepto, ya que debe observarse cierto mantenimiento del tiempo que se pasa en el lugar en concreto.

- b) Factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor. Se han extraído de la jurisprudencia del TJUE tres factores clave que pueden remodelar el concepto de residencia habitual. Estamos hablando, en concreto, de la edad del menor (criterio esencial a tener en cuenta a la hora de fijar la residencia habitual del menor; no se puede considerar el mismo nivel de dependencia del entorno familiar el que tiene un lactante, que el que tiene un menor de 15 años), la voluntad o intención de los progenitores de establecer su residencia habitual en un Estado (constituye un indicio a complementarse por otros elementos concordantes, como la guarda y custodia o la responsabilidad parental a la hora de decidir dónde se han de instalar), y la presencia física del menor en el mismo (se trata de un criterio absolutamente objetivo, que convierte a la voluntad de los progenitores en un mero indicio. La voluntad de los progenitores de fijar la residencia habitual en un Estado queda difuminada por el hecho objetivo de que el menor haya permanecido de manera ininterrumpida en otro distinto). Dependiendo de las circunstancias del caso concreto que se trate, estos tres factores interactuarían de manera diferente y darían lugar a resultados distintos en lo relativo al concepto que nos ocupa, ya que modelarían el criterio general del entorno familiar y social del menor.

Como se ha dicho anteriormente, por tanto, el concepto de residencia habitual adquiere importancia en el tema que nos ocupa al ser el mecanismo que activa la restitución del menor dentro del CH-1980, según se extrae de su art. 4 relativo al ámbito de aplicación del propio Convenio<sup>58</sup> y también al designar la autoridad central ante la que se tendrá que solicitar la restitución del menor y por tanto también el Estado al que

---

<sup>58</sup> Artículo 4 CH-1980: '*El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un estado contratante (...)*'.

tendrá que ser restituido en el caso de que esa solicitud sea aceptada, tal y como establece el Convenio en su art. 8<sup>59</sup>.

#### 4.4. Derechos de custodia y de visita

Muy ligados a la residencia habitual y su concreción, se encuentran los términos de derecho de custodia y derecho de visita. Se definen, a efectos del CH-1980, en su art. 5, ya que son dos conceptos importantes a la hora de calificar la retención de un menor como sustracción ilícita del mismo, en términos del art. 3 del mismo Convenio; es así porque el traslado de un menor se considerará ilícito siempre y cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona o a un organismo en el Estado en el que el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención, y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva en dicho Estado, siendo normalmente la persona infractora aquella que ostenta un derecho de visita precisamente durante el periodo mismo de la visita. De la misma manera, también puede ocurrir que la persona que ostente el derecho de custodia sea la que sustraiga al menor a otro país con el fin de que la otra persona, que tiene derecho a ejercer el derecho de visita, no pueda hacerlo de forma correcta, y se considerará igualmente traslado ilícito.

Centrándonos en los conceptos, el ya mencionado art. 5 del CH-1980 se centra en realizar una aproximación a los mismos. Se define, a tenor literal del artículo, el derecho de custodia como un derecho relativo que comprende el cuidado de la persona del menor, y en particular, la decisión sobre la elección de su lugar de residencia, y el derecho de visita como el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en el que tiene su residencia habitual. Podemos observar, tras analizar su definición, que son conceptos dependientes del término de la residencia habitual, ya que la vulneración o no de uno u otro derecho vendrá determinado por aquello que se haya entendido por residencia habitual del menor en el caso que se trate.

Cabe hacer referencia en este punto a la problemática que plantean tanto el derecho de custodia como el de visita en lo relativo a su titularidad.

---

<sup>59</sup> Artículo 8 CH-1980: '*(...) podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor (...) la solicitud incluirá: (...) f) una certificación expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente (...) donde el menor tenga su residencia habitual*'.

Por un lado, el derecho de visita<sup>60</sup>, por su propia naturaleza, tendrá por titulares a aquellas personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización del propio derecho. Estas personas, como es lógico, formarán parte del ámbito familiar del menor. Normalmente estaremos hablando del padre o de la madre, pero no necesariamente tienen por qué ser éstos; pueden ser también los parientes del mismo hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.

En cuanto al derecho de custodia, el CH-1980 pretende proteger todas las modalidades posibles del ejercicio de este derecho; cuando es atribuida sola, o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. Los Tribunales se inclinan más por la división de los cuidados y responsabilidades que ostenta el derecho de custodia entre los dos progenitores, es decir, la custodia conjunta, aunque se debe tener siempre en cuenta que el hecho de que exista custodia conjunta y que uno de los progenitores sustraiga al menor y lo lleve consigo a otro país sin el consentimiento del otro titular del derecho sigue siendo ilícito<sup>61</sup>. A tenor literal de las palabras de PÉREZ VERA, ‘el Convenio no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados posteriormente; más simplemente trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes’.

La problemática que gira en torno a la titularidad de este derecho<sup>62</sup> es que en este caso no tienen por qué ser personas físicas necesariamente. También pueden ser titulares del mismo las personas jurídicas o cualquier institución u organismo, tanto aquellos que tienen personalidad jurídica como aquellos que están vinculados a una organización estatal y que carecen de personalidad jurídica independiente.

Además, el no ejercicio efectivo del derecho de custodia por el progenitor o persona que lo ostentaba en el momento en el que el menor fue trasladado o retenido funciona también como una de las excepciones a la regla general de la restitución del menor a su

---

<sup>60</sup> E. PÉREZ VERA, ‘Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles...’, *op. cit.*, p. 23, párrafo 79.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 21, párrafos 73 y 74.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 23, párrafo 80.

país de origen<sup>63</sup>. Se trata, por tanto, de una situación en la que de manera previa al traslado del menor el progenitor que ostentaba el derecho de custodia ya no lo venía haciendo de manera correcta. También funciona como excepción el hecho de que el progenitor custodio hubiere mostrado aceptación de la nueva situación creada después de la sustracción, aunque fuere de manera tácita.

Se puede entender, a partir de ciertas interpretaciones<sup>64</sup> que se han realizado del propio Convenio, como ‘ejercicio efectivo’ del derecho de custodia el cuidado de la persona del menor, incluso sin existir convivencia, por razones que se puedan extraer de cada caso, como en tiempo de enfermedad, o estancia de estudios, etc. Por consiguiente, el que exista o no ejercicio efectivo del derecho de custodia dependerá en cada caso de la discrecionalidad del juez aplicando lo dicho al caso concreto. Este ‘no ejercicio efectivo’ del derecho de custodia debe interpretarse en tanto a que se refiera a las acciones ejercidas por el titular del propio derecho antes de producida la sustracción, ya que ésta se considera como un obstáculo en sí misma para poder ejercer de forma efectiva la custodia; y no operará en aquellos casos de los que se pudiera extraer que el titular del derecho de custodia hubiere aceptado o dado su consentimiento a la nueva situación con posterioridad al traslado.

En la misma línea, el derecho de visita y su protección se encuentran en manos de las Autoridades Centrales (en aras de cooperación), ante las cuales se puede recurrir con objeto de la organización de un derecho de visita (su establecimiento) o con el requerimiento de la protección de un ejercicio del derecho de visita ya reconocido y vulnerado. Se trata de garantizar en todo caso el ejercicio pacífico del derecho de visita, y que no interfiera con el derecho de custodia, garantizando el cumplimiento de cualquier condición a la que dicho derecho estuviera sujeto. Ese cumplimiento constituye para el titular del ejercicio del derecho de custodia la única garantía de que el ejercicio del derecho de visita no perjudicará sus propios derechos<sup>65</sup>.

Para ello, es conveniente que el titular del derecho de visita presente un compromiso ante la Autoridad Central del Estado en el que el menor ostenta su residencia habitual

---

<sup>63</sup> Artículo 13 CH-1980. ‘(...) la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si (...) a) la persona, organismo o institución que se hubiera hecho cargo de la personal del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia (...)’

<sup>64</sup> E. PÉREZ VERA, ‘Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles...’, *op. cit.*, p. 33, párrafo 115.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 37, párrafos 126 y 127.

que se base en devolverlo dentro del plazo estipulado a dicho Estado, indicando además a dónde va a trasladarse con el menor y por cuánto tiempo. De esta manera, la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor podrá tener conciencia en cada momento de la localización del menor y poder activar el procedimiento de retorno del mismo en el caso de que el titular del derecho de visita no cumpla con lo estipulado en su compromiso<sup>66</sup>.

#### **4.5. El derecho del menor a ser oído en los casos de violencia doméstica: especial referencia a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**

Se establece, dentro del Convenio de Estambul<sup>67</sup>, en concreto en su artículo 3 b) y d) una definición amplia tanto del concepto de violencia doméstica como del concepto de violencia contra las mujeres por razón de género.

De esa manera, se puede entender en términos de este Convenio la violencia doméstica como ‘todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio con la víctima’, y por violencia contra las mujeres por razones de género ‘toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada’.

En la misma línea, dentro del ordenamiento jurídico español, encontramos a este respecto la Ley Orgánica 1/2004<sup>68</sup>, que en su artículo 1, apartados 3 y 4, introduce aquello que se debe entender por violencia de género. Lo define como ‘todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad’ y comprende también ‘la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero (cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia)’.

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 38, párrafo 128.

<sup>67</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

<sup>68</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

Tras haber realizado una aproximación conceptual, cabe relacionar el término de la violencia de género en base a cómo puede incidir la misma en los casos de la sustracción de menores. Esto es, de tres maneras<sup>69</sup>:

- La madre, víctima de violencia de género, huye a otro país de su pareja, agresor, llevándose consigo a sus hijos menores.
- El padre, agresor, sustrae a los hijos menores a otro país como una forma de maltratar psicológicamente a la madre, que sigue dentro del país ‘de facto’.
- Cualquiera de los dos progenitores traslada a las hijas menores a otro país como consecuencia del riesgo que existe en el lugar de residencia habitual de que se ejerza violencia de género sobre ellas (mutilación genital, matrimonio forzado, ejercicio de la prostitución infantil, etc.).

El más repetido de los casos de sustracción que han tenido lugar como consecuencia de la existencia de violencia de género o doméstica es el primero; el caso en el que la madre, víctima de la violencia ejercida por el padre, huye de su país y sustrae consigo a sus hijos menores para no dejarlos en manos de su agresor, sin su consentimiento. Según la mención que se hace a un estudio de REIG FABADO en el texto de CAÑADAS LORENZO<sup>70</sup>, ‘en 2015 el 73% de los progenitores sustractores eran madres que, en el 93% de los casos tenían reconocida la custodia de los menores, considerándose que una parte de ese 73% de las mujeres eran víctimas de violencia de género, siendo en esos casos el traslado del menor una vía de alejamiento del agresor’.

Realizando un examen de lo dispuesto en el CH-1980, se puede interpretar que el hecho de que exista en el ambiente familiar una situación de violencia de género o violencia doméstica en la que la madre sea la víctima directa, puede colocar al menor en una situación de grave riesgo y peligro psíquico, por presenciar malos tratos a la madre. Por tanto, la violencia doméstica se englobaría dentro de las excepciones al retorno del menor como una situación de ‘grave riesgo’. Así se han pronunciado diversas

---

<sup>69</sup> M.J CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores” p. 3. Información disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustraccioon%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BA%20Ca%C3%Bladas%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustraccioon%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BA%20Ca%C3%Bladas%20(6).pdf) (Consultado el 4 de abril de 2022).

<sup>70</sup> *Id.*

Sentencias, como la SAP Granada, 152/2017, de 21 de abril<sup>71</sup>, que aborda el tema tratado, o la Sentencia 436/2016, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de julio de 2016<sup>72</sup>, en la que se dice que indirectamente se puede apreciar el riesgo psíquico al que se vería expuesto el menor de ser restituido y presenciar los malos tratos tanto físicos como psíquicos hacia su madre.

Por tanto, es cierto que la violencia de género no solo afecta a la madre maltratada, sino que también puede causar graves daños psíquicos en los menores y es algo que, en caso de sustracción, los Tribunales deben analizar en el caso concreto a la hora de decidir sobre la restitución del mismo. Así, el órgano judicial que tenga que decidir sobre el tema tendrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones<sup>73</sup>:

- La relación que exista entre la violencia doméstica y el maltrato infantil.
- Que exista un grave riesgo futuro para el menor, cosa que no implica que necesariamente hubiera tenido que existir una situación de riesgo en el pasado.
- Que la violencia doméstica no solo consista en hechos violentos, sino también en control coercitivo.
- Que no siempre es suficiente para frenar un caso de violencia el hecho de que cese la convivencia. El maltrato puede proseguir incluso no existiendo convivencia. De hecho, en diversas ocasiones es incluso la propia separación lo que incrementa el riesgo de violencia sobre las víctimas, tanto directas como indirectas.

A pesar de que no cabe duda de que el menor puede sufrir graves daños psicológicos en casos de violencia doméstica, ésta no es la única forma de interpretación que existe. Y es que, en realidad, el CH-1980 es un Convenio que se dirige a la protección del interés exclusivamente de los menores, debiendo ser interpretado su articulado de forma restrictiva, incluido el art. 13.1 b) relativo a la producción de una situación de peligro físico o psíquico en la persona del menor como excepción al retorno del mismo a su país de origen. Por tanto, existen formas de interpretar esta situación que se dirigen a establecer que ‘aprovechar el contenido del CH-1980 para extender su regulación a la

---

<sup>71</sup> SAP Granada (sección 5) núm. 152/2017, de 21 de abril de 2017. Roj. SAP GR 486:2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486), Id Cendoj: 18087370052017100148.

<sup>72</sup> SAP Las Palmas (sección 3) núm. 436/2016, de 25 de julio de 2016. Roj: SAP GC 2345:2016 (ECLI:ES:APGC:2016:2345), Id Cendoj: 35016370032016100465.

<sup>73</sup> M.J CAÑADAS LORENZO, ‘La incidencia de la violencia de género...’, *op. cit.*, p. 7.

violencia de género, haciendo una interpretación forzada del art. 13.1. b) sería, de alguna manera, pervertir su sentido y finalidad<sup>74</sup>. Por ello, en vez de tratar de subsumir la violencia de género como excepción al retorno alegando poder considerarse como una situación de peligro físico o psíquico para el menor, debería introducirse una regulación propia que tratase de forma específica estos casos, ya que parece que al tratar de utilizar el art. 13.1 b) como ‘cajón de sastre’ se está descuidando esa exigencia de mantener una interpretación restrictiva del propio artículo en aras de interés exclusivamente del menor y no de ninguno de los progenitores, ya que es algo que podría ser aprovechado por parte de uno de ellos para continuar manteniendo al menor en su custodia.

Para ello se ha introducido la última de las Guías de las Buenas Prácticas, que versa sobre el art. 13.1 b). Se establece en dicha Guía que ‘la mera prueba de que existe una situación de violencia domestica por sí sola no es suficiente para demostrar que existe un grave riesgo para el niño’<sup>75</sup>. De lo que se trata es de analizar el efecto que tendrá la violencia doméstica en el menor tras su restitución a su país de facto, y si éste puede considerarse que alcanza el umbral de la excepción de grave riesgo. Así, se deberá tener en cuenta, caso por caso, la naturaleza, frecuencia o intensidad de la violencia, además de las circunstancias en las que ésta se manifieste<sup>76</sup>.

Es por ello por lo que sería de interés, dada la importancia y la controversia que suscitan este tipo de situaciones en todos los ámbitos, y más en el internacional, que se regulase de forma específica para que no fuera necesario tratar de subsumir un caso tan grave como es el del daño que produce en los menores la violencia doméstica en otros tipos.

Existen casos en los que, a pesar de existir violencia doméstica, se acuerda el retorno, estableciéndose medidas protectoras para asegurar una restitución fuera de peligro tanto para la madre como para el menor. Estas medidas pueden ser, por ejemplo, una prohibición de acercamiento con el progenitor que ha solicitado el retorno de manera

---

<sup>74</sup> P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, *Derechos y libertades en la sociedad actual*, 2014, p. 77.

<sup>75</sup> Conferencia de la Haya, *Guía de las Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI, Artículo 13 (1) (b)*, 2020, p. 39. Información disponible en: <http://www.menores.gob.ar/userfiles/Guia%20de%20Buenas%20Practicas%2013.%20b.pdf> (Consultado el 20 de junio de 2022).

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 40.

provisional, y se acuerdan por el juez después de analizar el caso concreto. Los países parte del CH-1980 se comprometen en todo caso a garantizar el retorno seguro de los menores a su país de residencia habitual, y es en ese país en concreto en el que se deben tomar las medidas oportunas en lo relativo a la situación de violencia doméstica o de género, incluyendo la autorización para el traslado lícito a otro país<sup>77</sup>.

En lo relativo al derecho a ser oído del menor en los casos de violencia de género, cabe hacer referencia a la nueva LO 8/2021, de 4 de junio<sup>78</sup>, donde se regula de forma exhaustiva. En su artículo 1, se establece que tiene por objeto ‘garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia’, entendiendo por violencia ‘toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o infiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión’.

Es en su artículo 11<sup>79</sup> en el que se regula el derecho de las víctimas a ser escuchadas. Se dice que los poderes públicos deberán en todo caso garantizar que los menores de edad sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad. Además, este derecho solo podrá restringirse cuando sea contrario a su interés superior. Los profesionales deberán actuar de manera adecuada, tratando de amoldar su conducta a la edad de los menores, entre otros aspectos. También tendrán que asegurar que no se ha producido el síndrome de alienación parental<sup>80</sup>, segregando las declaraciones de los menores.

---

<sup>77</sup> Información disponible en: <https://www.asime.org/la-sustraccion-internacional-menores-la-violencia-genero/> (Consultado el 6 de abril de 2022).

<sup>78</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

<sup>79</sup> LO 8/2021, de 4 de junio. Artículo 11. ‘*los poderes públicos garantizarán que las niñas, los niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad (...) ‘se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar la obtención del testimonio de las víctimas (...)’ ‘los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir (...) el llamado síndrome de alienación parental (...)’.*

<sup>80</sup> Síndrome de alienación parental: se trata del rechazo que un niño puede llegar a sentir hacia uno de sus progenitores como consecuencia de diferentes estrategias de manipulación por parte del otro. El objetivo de los padres que lo practican es ejercer una influencia sobre el pensamiento del menor con el propósito de perjudicar a la otra parte de la pareja (Término acuñado por R. GARDNER, 1985).

#### 4.6. La mediación como forma de resolver conflictos en aras del beneficio del menor secuestrado

La sustracción internacional de menores es un hecho que, normalmente, da lugar a un altísimo nivel de conflicto entre las partes afectadas, además de ser algo complejo de resolver debido a las enormes diferencias, tanto culturales como geográficas, además de los distintos sistemas legales que suelen participar<sup>81</sup>. A pesar de ello, en el Reglamento 2019/1111 se establece, en su considerando 43, que ‘en todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda de redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental’. Cabe añadir que no todas las situaciones de sustracción son susceptibles de ser resueltas a través de un procedimiento de mediación, como es el caso de la existencia de violencia sobre la mujer, o cuando tales actuaciones prolonguen de forma indebida el procedimiento de restitución en virtud del CH-1980.

Existen diversos mecanismos que incentivan la mediación como instrumento eficaz para ofrecer a las partes una solución al conflicto. Ofrece, asimismo, distintas ventajas<sup>82</sup>:

- Resulta menos costoso económicamente, tanto para las partes como para el Estado.
- Es más rápido llegar a un acuerdo, ya que la solución es ofrecida a corto plazo.
- Garantiza la confidencialidad del asunto al no comenzar un procedimiento judicial, que en ocasiones da lugar a que se vean involucrados dentro del mismo de medios de comunicación y autoridades gubernamentales.
- El acuerdo se basa de forma exclusiva en la autonomía de la voluntad de las partes, sin resolución judicial.

---

<sup>81</sup> Información disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-mediacion-en-los-conflictos-transfronterizos-de-sustraccion-de-menores/> (Consultado el 8 de marzo de 2022).

<sup>82</sup> C. CARRILLO LERMA, “Mediación familiar internacional y sustracción de menores. International Family Mediation and Child Abduction”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Nº 19, 2015, p. 187.

Tanto a nivel nacional como europeo<sup>83</sup>, se intenta incentivar la mediación como medio para resolver conflictos relativos al derecho de familia por resultar menos gravoso, sobre todo para los menores que se suelen ver inmersos en los mismos.

A nivel del CH-1980, se recoge en su artículo 7, letra c), que uno de los objetivos del propio Convenio y para el que las Autoridades Centrales de los Estados miembros tendrán que colaborar entre sí es, precisamente, ‘garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable’, entendiéndose por ‘solución amigable’ la mediación entre las dos partes en conflicto sin entrar a dar comienzo a un procedimiento judicial. El recurso a la mediación en el marco del Convenio puede ayudar y resultar útil para que se acceda a la restitución voluntaria del menor, contando con el consentimiento de ambas partes; para que se acepte la nueva situación geográfica del menor respetando el derecho de visitas del progenitor perjudicado; para que el contacto entre el menor y el progenitor no sustractor no se pierda mientras dure el procedimiento; para facilitar la restitución rápida y segura del niño o para evitar que la sustracción se prolongue más de lo previsto en el tiempo<sup>84</sup>.

Lo que caracteriza a la mediación como forma de solución de conflictos es que comprende un sistema auto compositivo de resolución de los mismos, en el que son las partes enfrentadas las que tratan de llegar a un acuerdo, orientadas por un tercero neutral que no impone una solución, sino que trata de acercar las posturas de las partes por una línea lo más similar posible. En el ámbito de la sustracción, la dificultad para llevar a cabo un proceso de mediación se hace mayor cuando estamos ante familias interculturales, por lo que el CH-1980 pone hincapié en la colaboración de las autoridades administrativas y judiciales de todos los Estados miembros<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> En el ámbito europeo contamos con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y con el Reglamento Bruselas II bis. En el ámbito nacional con la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012) y art. 955.1 LEC.

<sup>84</sup> C. CARRILLO LERMA, “Mediación familiar internacional y sustracción de menores...”, *op., cit.*, p. 192.

<sup>85</sup> Y. VELARDE D’AMIL, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 1291. Información disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion\\_supuestos.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion_supuestos.pdf) (Consultado el 12 de abril de 2022).

La Guía de las Buenas Prácticas del CH-1980 sobre Mediación<sup>86</sup> que versa específicamente sobre los acuerdos voluntarios y la mediación en supuestos de sustracción, define la mediación como ‘un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un mediador facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para ese conflicto’, y a la figura del mediador como ‘un tercero imparcial que lleva adelante la mediación’.

De esta manera, la mediación en casos de sustracción no debe constituir una demora en el proceso de restitución del menor, es más, existe la posibilidad de iniciar dicho proceso antes de comenzar la misma. Además, al tratarse de conflictos que suelen tener lugar entre varios ordenamientos jurídicos, se debe tener en cuenta la interacción de los mismos y las partes deben tener acceso a la información jurídica que se considere oportuna; así como el derecho a que se respete el contexto cultural y religioso distinto, de serlo, o la oportunidad de hablar un idioma en el que cada uno se sienta cómodo<sup>87</sup>.

En casos de sustracción han tenido lugar en la práctica diferentes tipos de mediación<sup>88</sup>, entendida en sentido amplio:

- Negociaciones que llevan a cabo los gobiernos de los países implicados. Este caso suele reservarse para aquellos conflictos que alcanzan un nivel mediático relativamente alto, ya que en este tipo de negociaciones participan tanto Cónsules Generales, como Ministerios de Justicia o de Asuntos exteriores, o Secretarios de Estado para los Derechos Humanos, Presidentes del Gobierno, organizaciones internacionales, entre otros grandes cargos. Ejemplo de esto puede ser el caso ‘Arias Uriburu – Shaban’<sup>89</sup>, en sus Sentencias tanto de apelación ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala como de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Se trata de un caso muy controvertido, en el que los Gobiernos de Argentina se vieron en la necesidad de realizar las

---

<sup>86</sup> *Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Mediación*, Publicado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Oficina Permanente), 2012, Información disponible en: [https://www.pj.gov.py/descargas/ID5-233\\_guias\\_de\\_buenas\\_practicas\\_en\\_materia\\_de\\_mediacion\\_menores.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/ID5-233_guias_de_buenas_practicas_en_materia_de_mediacion_menores.pdf) (Consultado el 12 de abril de 2022).

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp. 30-35.

<sup>88</sup> I. TOMÁS GARCÍA, “Mediación en Sustracción Internacional de Menores”, *Escuela Judicial española*, p. 4. Información disponible en: [http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia\\_3\\_ES.pdf](http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf) (Consultado el 13 de abril de 2022).

<sup>89</sup> Sentencia nº 93 – 98 de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 25 de marzo de 1998 // Sentencia nº 161-98 de Corte Suprema de Justicia – Criminal Law de 15 de diciembre de 1998.

acciones apropiadas, manteniendo el caso como una política de Estado ante los gobiernos de Jordania (país de origen del padre) y Guatemala (país de origen de la madre), tratando de acordar un entendimiento que busque la mejor solución para los niños. Se introduce que ‘allí donde el Derecho resulta insuficiente, nace el deber de los Estados’<sup>90</sup>.

- Negociaciones bilaterales cuando el menor es llevado a un estado no miembro del convenio de la Haya. En estos casos, las dificultades culturales y étnicas hacen complicada la correcta aplicación de los convenios, ya que no se trata de una mediación entre progenitores directamente, sino que es una negociación-mediación al intervenir gobiernos y ONGs u otros organismos internacionales, entre los que cabe destacar REUNITE.
- Mediación intrajudicial en el curso de un procedimiento del Convenio de la Haya.

En definitiva, la mediación es una opción que puede resultar complicada de escoger a la hora de resolver un conflicto transfronterizo como es la sustracción internacional de menores, pero existen diversas razones para acudir a ella, que giran en torno a la protección del interés superior del menor y al hacer el menor daño posible a la familia, fundamentándose en un procedimiento más corto, muchas veces más eficaz y cercano, y sobre todo menos gravoso.

---

<sup>90</sup> ANTONIO ROMANO, C., “Sustracción internacional. Caso Arias Uriburu-Shaban”. Información disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dr+Romano+SUSTRACCION+INTERNACIONAL+DE+MENORES%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dr+Romano+SUSTRACCION+INTERNACIONAL+DE+MENORES%20(4).pdf) (Consultado el 18 de junio de 2022).

## 5. CONCLUSIONES

1. La globalización, la apertura de fronteras y la facilidad para viajar de un país a otro ha hecho que las relaciones económicas cambien, y que también lo hagan las relaciones sociales. Es precisamente debido a este cambio de las relaciones sociales por lo que han surgido nuevos problemas o conflictos de carácter internacional, como es la sustracción de menores.
2. La sustracción internacional de menores se define como aquella situación que tiene lugar cuando un progenitor o cualquier otro familiar (ascendientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad) traslada o retiene de forma ilícita a sus hijos menores de 16 años en otro país distinto al de residencia habitual del menor, vulnerando de esta manera los derechos de custodia o de visitas del otro progenitor o familiar. Por tanto, como podemos observar, se trata de una actuación que incluye a dos o más países diferentes, y en la que están en juego los intereses de un menor de edad.
3. Para resolver los problemas que sustentan este tipo de situaciones, y al tratarse la mayoría de ellas de actuaciones que requieren de la cooperación entre dos o más Estados distintos, con jurisdicciones también distintas, se han creado instrumentos de cooperación jurídica internacional, tanto acuerdos como convenios. El Convenio por excelencia que regula los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es el Convenio de la Haya de 1980, que, a pesar de llevar 42 años de vigencia, se adapta de forma bastante aceptable a la mayoría de las situaciones de este tipo que puedan surgir, aunque en otros de sus aspectos se encuentra algo desfasado.
4. Con base a lo dispuesto en el art. 1 a) del CH-1980, uno de los objetivos que se persiguen con él es garantizar la restitución inmediata de los menores retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante del mismo. De esta manera, la principal solución que ofrece el Convenio a la hora de tratar este tipo de cuestiones es la restitución del menor al país en el que tenía su residencia habitual antes de la sustracción. Esto es así porque se considera que el hecho de que el menor regrese a su país de residencia habitual suele ser en la mayoría de los casos lo que más conviene para su desarrollo.
5. A pesar de ello, se recogen dentro del CH-1980 tres situaciones que permiten que el menor no regrese a su país de facto a pesar de encontrarnos ante un caso

- de sustracción de menores; casos de no ejercicio efectivo del derecho de custodia por el progenitor custodio, de grave riesgo de peligro físico o psíquico para el menor con la restitución, que el menor se oponga a la restitución y que no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido.
6. Se trata de mecanismos que deben ser interpretados de forma restringida, ya que se está hablando de actuaciones que, tras alegarse, pueden hacer que se falle en contra de la devolución del menor a su país de origen, donde se venía desarrollando personalmente desde el momento de su nacimiento, por lo que la no devolución del menor que suponga el mantenimiento en el país al que se le ha sustraído puede causarle ciertos daños psicológicos al haber creado vínculos en su residencia habitual.
  7. La opinión del menor como mecanismo de oposición al retorno está directamente relacionado con el derecho del menor a ser oído en aquellos casos que le van a afectar directamente. Para ello se debe tener en cuenta, además del caso concreto, la edad y el grado de madurez que ostente el menor, aunque se ha demostrado doctrinalmente que la edad no siempre va de la mano con el grado de madurez, y que puede ser que un niño de 6 años haya alcanzado la madurez suficiente como para que su opinión sea tomada en cuenta para tomar aquellas decisiones que directamente vayan a afectarles. Se trata de proteger en todo caso su interés superior.
  8. Importante es también tener en cuenta la opinión del menor en aquellos casos en los que exista violencia de género. La violencia de género en el seno familiar es algo traumático, tanto para la mujer que la sufre como para los hijos que observan a diario como su padre maltrata a su madre, física y psicológicamente. Y es cierto que no es un hecho aislado, sino que es algo que ocurre en multitud de hogares, muchas veces tras el silencio de las víctimas, que optan por no poner denuncia, y en ocasiones por huir del propio hogar familiar a otro país con sus hijos, por lo que los casos de violencia de género pueden desembocar y de hecho lo hacen en casos de sustracción internacional de menores. Ya se palpa la importancia de la opinión del menor en estos casos, esta vez sin límite de edad, en la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde se recoge que el menor tendrá derecho a ser oído en los casos de violencia de género, sin límite de edad y con todas las garantías, y su opinión tomada en cuenta.

- 
9. Una forma de interpretar la violencia de género como forma de oposición al retorno del menor secuestrado es incluyéndola dentro de la excepción del art. 13.1 b) CH-1980, relativa a la puesta al menor en una situación de grave riesgo de peligro físico o psíquico con la restitución. Esta forma de interpretar este artículo es, compartiendo otra forma de verlo, errónea, ya que el CH-1980 está orientado exclusivamente a analizar el interés superior del propio menor y su situación personal y propia, sin tener en cuenta las situaciones en las que se vean inmersos sus progenitores o cualesquiera otros de su entorno. Sí que es cierto que una situación de violencia doméstica va a afectar al menor psicológicamente, pero la solución no es que automáticamente por existir un caso de violencia de género se acepte la no restitución del menor a su país de origen, pues puede ser que analizando el caso concreto esta no restitución no suponga algo positivo para el menor, sino todo lo contrario. Por tanto, se debería establecer un marco legal específico para regular estos casos y que no tuviera que subsumirse algo tan grave como lo es la violencia de género en otro tipo que, por genérico que parezca, debe ser interpretado de forma restrictiva en aras del único interés del menor.
10. Cabe hacer referencia a la importancia de los mecanismos de mediación en la solución de conflictos como lo es la sustracción internacional de menores, puesta de manifiesto en el Reglamento 2019/1111. Es cierto que se deberían implementar y acudir a este tipo de mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya que suponen un menor coste tanto económico como psicológico, y tanto para el menor como para los progenitores inmersos en dicho procedimiento, ya que el acuerdo al que se llega tiene fuerza ejecutiva y se debe cumplir en todo caso, como si de una resolución judicial se tratase. En cambio, también cabe tener en cuenta que no siempre es posible subsumir un caso de sustracción internacional de menores, por la complejidad que estos casos conllevan y el nivel de conflicto que existe en ellos, a un mecanismo como es la mediación, sobre todo en aquellos casos en los que existe violencia doméstica, en los que todavía existe un mayor grado de conflicto.
11. Se puede concluir diciendo que la sustracción internacional de menores es un problema grave que ha surgido con la globalización y que todavía a día de hoy sigue extendiéndose. Ciertamente es que el CH-1980 regula de forma correcta ciertos aspectos, pero en muchos otros ha quedado algo desfasado, por lo que habría

que realizar una revisión exhaustiva del mismo y al mismo tiempo regular otro tipo de cuestiones que quizá cuando se redactó el Convenio no tenían importancia, pero que ahora han cobrado una relevancia primordial, como es la violencia doméstica. Además de todo ello, cabe decir que la opinión del menor como excepción al retorno deberá funcionar siempre y en todo caso cuando se considere que ésta realmente responde a su interés superior, aunque sin excepción deberá ser escuchado y su opinión tenida en cuenta, independientemente de la decisión que se tome después; no se debe dejar de lado la opinión del menor a la hora de decidir sobre un asunto que va a afectarle de manera directa.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### MONOGRAFÍAS

CAÑADAS LORENZO, M.J., *La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores*. Información disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BA%20Ca%C3%B1adas%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/EX1829%20Mesa%20V%2001%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20%20Incidencia%20de%20la%20VG%20en%20la%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de%20menores.%20M%C2%AA%20Jes%C3%BA%20Ca%C3%B1adas%20(6).pdf) (Consultado el 4 de abril de 2022).

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Oficina Permanente), *Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Mediación, 2012. ISBN 978-90265-06-9. Información disponible en: [https://www.pj.gov.py/descargas/ID5-233\\_guias\\_de\\_buenas\\_practicas\\_en\\_materia\\_de\\_mediacion\\_menores.pdf](https://www.pj.gov.py/descargas/ID5-233_guias_de_buenas_practicas_en_materia_de_mediacion_menores.pdf) (Consultado el 12 de abril de 2022).

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Oficina Permanente), *Guía de las Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI, Artículo 13 (1) (b)*, 2020. Información disponible en: <http://www.menores.gob.ar/userfiles/Guia%20de%20Buenas%20Practicas%2013.%20b.pdf> (Consultado el 20 de junio de 2022).

Defensor del pueblo. *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Editorial MIC, Madrid, mayo 2014, Depósito legal: M-14168-2014. ISSN: 225-3910.

Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, *El derecho del niño a ser escuchado*, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en el 51° periodo de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62° periodo de sesiones, Ginebra, 14 de enero a 1 de febrero de 2013.

PÉREZ-VERA, E., *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Madrid, 1981. Información disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>

### LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de Edad y Derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, España, 2003. ISBN: 84-309-3989-X.

CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en: GAMARRA CHOPO, Y., *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*, Editorial CISC-IFC, 2011, pp. 115-155.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Editorial Thomson Reuters-Civitas, 2ª edición, Madrid, 2014. ISBN: 9788447047864.

MAESTRE CASAS, P., “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, en: FIGUERUELO BURRIEZA, Á., (Dra) y otros, *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Editorial Comares, Granada, 2014. ISBN: 978-84-9045-248-6.

MONGE FERNÁNDEZ, A., (Dra.) y otros, *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2019, Bosch Editor, Librería Bosch S.L. ISBN digital: 978-84-949922-0-9.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

ANTONIO ROMANO, C, “Sustracción internacional. Caso Arias Uriburu-Shaban”. Información disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dr+Romano+SUSTRACCION+INTERNACIONAL+DE+MENORES%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dr+Romano+SUSTRACCION+INTERNACIONAL+DE+MENORES%20(4).pdf) (Consultado el 18 de junio de 2022).

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, Nº 2, octubre 2016, ISSN 1989-4570.

CARRILLO LERMA, C., “Mediación familiar internacional y sustracción de menores. International Family Mediation and Child Abduction”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Nº 19, 2015, ISSN: 1575-0825.

CASTELLÓ PASTOR, J., “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, Nº 1, marzo 2018.

CAZÓ, S., “Sustracción internacional de menores: ¿cuándo se produce y cómo combatirlo jurídicamente?”, *ABA Abogadas*, 2021, 27 de diciembre. Información disponible en: <https://aba-abogadas.com/sustraccion-internacional-de-menores-cuando-se-produce-y-como-combatirlo-juridicamente/#:~:text=Este%20es%20uno%20de%20los,traslada%20il%C3%ADcitamente%20a%20otro%20pa%C3%ADs.> (Consultado el 16 de marzo de 2022).

DE RUITER, A. “La voz del menor en la sustracción internacional de menores”. *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 21 a 23 de junio de 2017.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Rev. Boliv. de Derecho* N° 30. 2021. ISSN: 2070-8157. Información disponible en: <https://idibe.org/doctrina/paso-mas-proceso-armonizacion-del-derecho-privado-europeo-la-concrecion-tjue-del-concepto-residencia-habitual-del-menor-recogido-reglamento-bruselas-ii-bis/> (Consultado el 4 de abril de 2022).

Iberley., “Delito de sustracción de menores”, *El valor de la confianza*, 2021. Información disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-sustraccion-menores-63871> (Consultado el 16 de marzo de 2022).

LANSDOWN, G., “The evolving capacities of the child”, *Centro de Investigaciones Innocenti*, UNICEF/Save the Children, Florencia, 2005.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., / EZQUERRA UBERO, J.J., “El derecho de custodia en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 83-84. Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, ISSN: 1889-7045.

PAZ LAMELA, R.S., “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional. Análisis a través de la jurisprudencia reciente”, *AFDUC*, 17, 2013, ISSN: 1138-039X.

REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Rev. boliv. de derecho*, n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157.

TOMÁS GARCÍA, I., “Mediación en Sustracción Internacional de Menores”. *Escuela Judicial española*. Información disponible en: [http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia\\_3\\_ES.pdf](http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf) (Consultado el 13 de abril de 2022).

VELARDE D’AMIL, Y., “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015. Información disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion\\_supuestos.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion_supuestos.pdf) (Consultado el 12 de abril de 2022).

## JURISPRUDENCIA

Sentencia n° 93 – 98 de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 25 de marzo de 1998.

Sentencia n° 161-98 de Corte Suprema de Justicia – Criminal Law de 15 de diciembre de 1998.

STC (Sala Segunda) 22/2008, de 31 de enero (ECLI:ES:TC:2008:22).

SAP Las Palmas, Sección 3ª, 69/2009, de 10 de marzo de 2009.  
(ECLI:ES:APGC:2009:532A).

SAP Barcelona, Sección 18ª, 54/2012, de 13 de marzo de 2012.  
(ECLI:ES:APB:2012:2580A).

STEDH 60328/09, de 3 de mayo de 2012. Caso *Ilker Ensar Uyanik contra Turquía*.

SAP Las Palmas, Sección 3ª, 436/2016, de 25 de Julio de 2016. Roj: SAP GC 2345:2016 (ECLI:ES:APGC:2016:2345 – Id Cendoj: 35016370032016100465).

SAP Granada, Sección 5, 152/2017, de 21 de Abril de 2017. Roj. SAP GR 486:2017 (ECLI:ES:APGR:2017:486 – Id Cendoj: 18087370052017100148).

## LEGISLACIÓN

Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Doctrina de la FGE, de 17 de noviembre de 2015).

Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (*BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984).

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (*BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOUE* núm. 136, de 24 de mayo de 2008).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7 de 8 de enero de 2000).

Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2012).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*BOE* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2021).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019).

Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis) (*DOUE* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

## **PÁGINAS WEB**

‘Delito de Sustracción de menores. Concepto, tipos y penas’. 2021, 20 de abril. Información disponible en: <https://www.divorcios.me/sustraccion-menores/> (Consultado el 16 de marzo de 2022).

Información disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-mediacion-en-los-conflictos-transfronterizos-de-sustraccion-de-menores/> (Consultado el 8 de marzo de 2022).

Información disponible en: <https://palomazabalgo.com/derecho-internacional-de-familia/sustraccion-internacional-de-menores#:~:text=Se%20considera%20sustracci%C3%B3n%20internacional%20de,forma%20el%20derecho%20de%20custodia> (Consultado el 14 de marzo de 2022).

Información disponible en: <https://abogadodescribanogares.com/ejercicio-inadecuado-de-la-custodia-de-los-hijos/> (Consultado el 25 de Marzo de 2022)

Información disponible en: <https://www.asime.org/la-sustraccion-internacional-menores-la-violencia-genero/> (Consultado el 6 de abril de 2022).

Información disponible en: <https://www.epdata.es/datos/violencia-genero-estadisticas-ultima-victima/109/espana/106> (consultado el 20 de junio de 2022).

VIDAL GONZÁLEZ, G. ¿En qué consiste el delito de sustracción de menores??. *Divorcios.me*. 2022. Información disponible en: <https://www.divorcios.me/sustraccion-menores/#:~:text=La%20sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20como%20delito&text=Es%20un%20delito%20especial%20puesto,menor%20o%20de%20los%20progenitores.> (Consultado el 18 de junio de 2022).